



N° 687

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

TREIZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 février 2008.

RAPPORT

FAIT

AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE SUR LA PROPOSITION DE RÉOLUTION DE M. GUY GEOFFROY, RAPPORTEUR DE LA DÉLÉGATION DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE POUR L'UNION EUROPÉENNE (N° 612) **sur la proposition de directive prévoyant des sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (E 3534),**

PAR M. Guy GEOFFROY,

Député.

SOMMAIRE

	Pages
INTRODUCTION	5
I. LA LUTTE CONTRE LE TRAVAIL ILLÉGAL EN EUROPE	6
1. LA VALEUR AJOUTÉE DE L'INTERVENTION COMMUNAUTAIRE	6
<i>a) Une coordination européenne est nécessaire</i>	6
<i>b) ... dans le respect du principe de subsidiarité</i>	6
2. LE BILAN DU PROGRAMME LÉGISLATIF COMMUNAUTAIRE.....	7
II. LE PROJET DE DIRECTIVE SOUMIS À L'EXAMEN DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE	8
A. UNE INITIATIVE BIENVENUE QUI DOIT ÊTRE SALUÉE	8
1. Le contenu de la proposition de directive.....	8
<i>a) Un volet préventif</i>	8
<i>b) Des sanctions administratives, financières et pénales</i>	8
<i>c) Des mécanismes de réclamation pour les salariés</i>	9
<i>d) L'obligation pour les États membres d'organiser des inspections</i>	9
2. ... est cohérent avec la politique menée par la France	10
<i>a) Une proposition cohérente avec les actions menées par le Gouvernement</i>	10
<i>b) La lutte contre le travail clandestin compte parmi les priorités de la future présidence française de l'Union européenne</i>	12
B. LES PRINCIPALES QUESTIONS SOULEVÉES PAR LA DIRECTIVE	13
1. Si deux difficultés ont été récemment levées... ..	13
<i>a) La pertinence de l'instrument juridique retenu par la Commission</i>	13
<i>b) Le champ d'application du texte</i>	14
2. ... deux aménagements doivent encore être apportés au texte pour permettre son adoption	16
<i>a) L'amélioration de la rédaction des dispositions pénales</i>	16
<i>b) La définition d'un objectif efficace et réaliste en matière d'obligation faite aux États membres de contrôler le respect par les entreprises de l'interdiction d'emploi de clandestins</i>	18
EXAMEN EN COMMISSION	18
PROPOSITION DE RÉSOLUTION ADOPTÉE PAR LA COMMISSION SUR LA PROPOSITION DE DIRECTIVE PRÉVOYANT DES SANCTIONS À L'ENCONTRE DES EMPLOYEURS DE RESSORTISSANTS DE PAYS TIERS EN SÉJOUR IRRÉGULIER	19

MESDAMES, MESSIEURS,

Notre Commission est saisie en application de l'article 88-4 de la Constitution d'une proposition de résolution présentée par votre rapporteur et adoptée par la Délégation pour l'Union européenne le 16 janvier dernier.

L'objet de cette proposition de résolution est d'exprimer la position de l'Assemblée nationale sur un texte important, *la proposition de directive prévoyant des sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (E 3534)*, présentée le 16 mai dernier par M. Franco Frattini, vice-président de la Commission européenne et commissaire chargé des questions d'immigration, et qui vise à harmoniser les sanctions administratives et pénales mises en œuvre par les États membres de l'Union européenne à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

Les enjeux qui entourent ce projet de texte communautaire sont importants. **Mieux lutter contre l'emploi de travailleurs irréguliers doit permettre de franchir une étape importante dans la lutte contre l'immigration illégale en Europe : la possibilité de trouver du travail dans un des pays de l'Union constitue en effet un des facteurs encourageant l'immigration clandestine.**

L'immigration constitue d'ailleurs **une des priorités de la future présidence française de l'Union**, ainsi que l'a annoncé le Président de la République lors de la conférence des ambassadeurs, au début de cette année.

Notre pays concentre avec l'Espagne, l'Italie, l'Allemagne et la Grande-Bretagne 80 % des flux migratoires au sein de l'UE. La France, dont l'arsenal législatif est l'un des plus complet en la matière, a donc un intérêt prioritaire à l'élaboration d'une politique cohérente de l'immigration au sein de l'Union.

La politique européenne de l'immigration devrait connaître une nette accélération grâce au traité de Lisbonne qui la fait passer de l'unanimité à la majorité qualifiée. L'article 63 *bis* de ce traité prévoit **une politique commune de l'immigration**, visant, notamment, la prévention et la lutte contre l'immigration illégale et la traite des êtres humains. La présente proposition de directive s'inscrit pleinement dans ce cadre : il s'agit de faire passer un message clair aux filières d'immigration clandestine et de décourager ceux qui exploitent le travail des sans-papiers à travers l'Europe en infligeant des sanctions à ces employeurs.

I. LA LUTTE CONTRE LE TRAVAIL ILLÉGAL EN EUROPE

1. LA VALEUR AJOUTÉE DE L'INTERVENTION COMMUNAUTAIRE

a) Une coordination européenne est nécessaire...

L'ampleur de l'emploi illégal en Europe est par nature difficile à quantifier. Selon les estimations, le nombre de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans l'UE varie de 4,5 à 8 millions. Il apparaît en outre que l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier se concentre dans certains secteurs d'activité : bâtiment, agriculture, nettoyage, hôtellerie et restauration.

L'étude d'impact établie par la Commission européenne pour accompagner le projet de directive a mis en évidence que, si la quasi-totalité des États membres prévoient des sanctions contre les employeurs en infraction, seuls 19 ont mis en place des sanctions pénales. Elle montre également l'existence de différences importantes entre les États membres sur trois éléments essentiels : le contenu des mesures répressives, leur combinaison entre elles et l'étendue de leur mise en œuvre effective.

Dans ces conditions, une action coordonnée des différents États membres est nécessaire pour réduire les disparités entre les législations et entre les mesures d'exécution : il est en effet très **important que le niveau des sanctions soit harmonisé pour neutraliser l'avantage économique conféré par l'emploi illégal**. Il s'agit d'éviter que des niveaux de sanctions non harmonisés ne faussent la concurrence dans le cadre du marché unique et ne provoquent des mouvements secondaires de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier vers des États membres où les sanctions sont moins sévères et le degré d'exécution moindre.

b) ... dans le respect du principe de subsidiarité

La politique d'immigration ne relevant pas du champ de compétence exclusif de la Communauté, le principe de subsidiarité est applicable.

Si les mesures à prendre pour lutter contre l'immigration clandestine doivent être communes, il n'en demeure pas moins qu'une marge d'appréciation doit être laissée aux États membres.

Un instrument tel que la directive permet de maintenir une souplesse de la mise en œuvre par chaque État. Les États membres sont libres de maintenir ou d'introduire des mesures autres que celles définies dans la directive, à condition d'être conformes aux principes contenus dans les traités.

En l'espèce, l'objet de la proposition de directive est d'établir un cadre minimal commun aux mécanismes nationaux existants et d'harmoniser leur mise en œuvre. Les États membres qui le souhaitent pourront en revanche avoir des politiques plus actives en la matière.

2. LE BILAN DU PROGRAMME LÉGISLATIF COMMUNAUTAIRE

L'intérêt que porte l'Europe à la lutte contre l'emploi des clandestins n'est pas chose nouvelle.

Citons notamment :

— la recommandation du Conseil de décembre 1995 sur l'harmonisation des moyens de lutte contre l'immigration et l'emploi illégaux, qui proposait d'encourager les employeurs souhaitant recruter des ressortissants étrangers à vérifier la situation de ces ressortissants au regard de la législation en matière de séjour ou d'emploi et de rendre passibles de sanctions les employeurs de clandestins ;

— la recommandation du Conseil de septembre 1996 sur la lutte contre l'emploi illégal de ressortissants d'États tiers, qui proposait des sanctions à l'égard des clandestins ;

— la communication de la Commission sur le travail non déclaré en 1998.

Plus récemment, dans une communication de juillet 2006, la Commission a jugé indispensable de procéder à l'harmonisation de la lutte contre l'emploi des ressortissants de pays tiers illégaux, non seulement pour prévenir l'exploitation des migrants mais également dans le but d'éliminer l'un des facteurs d'attraction essentiels pour l'immigration clandestine. Le Conseil européen des 14 et 15 décembre 2006 a conclu au nécessaire renforcement de la lutte contre le travail clandestin et invité la Commission à présenter des propositions, ce qu'elle fit le 16 mai dernier en présentant la présente proposition de directive.

Cette directive complétera utilement deux textes :

— la **décision-cadre d'août 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains**, qui criminalise la traite des personnes, notamment à des fins d'exploitation de leur travail, ce qui vise les cas les plus graves d'emploi illégal. Dans le prolongement de ce texte, l'objet de la présente directive est de couvrir plus largement les situations dans lesquelles il n'y a ni contrainte, ni tromperie ;

— la **directive de 2002 sur le trafic de personnes**, qui incrimine l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier en prévoyant le rapprochement des sanctions. La présente directive permettra de couvrir le cas des employeurs qui ne sont pas impliqués dans l'entrée ou le séjour de ressortissants de pays tiers employés illégalement.

II. LE PROJET DE DIRECTIVE SOUMIS À L'EXAMEN DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE

A. UNE INITIATIVE BIENVENUE QUI DOIT ÊTRE SALUÉE

1. Le contenu de la proposition de directive...

La proposition de directive prévoit des sanctions à l'encontre des employeurs, et non des travailleurs. Elle porte sur les personnes physiques ou morales employant d'autres personnes dans le cadre d'activités économiques, mais aussi sur les particuliers, pour des emplois à domicile notamment.

Son article 3 pose le principe de l'interdiction générale de l'emploi de ressortissants de pays tiers qui n'ont pas le droit de séjourner dans l'Union européenne. Pour l'application de ce principe, le texte prévoit quatre séries de mesures :

a) Un volet préventif

À titre préventif, la proposition de directive (article 4) prévoit l'obligation pour l'employeur de vérifier, avant de les recruter, que les ressortissants des pays tiers disposent d'un titre de séjour ou d'une autorisation équivalente valable pour la période d'emploi concernée. En contrepartie, les employeurs en mesure de prouver qu'ils ont rempli leur obligation ne seraient passibles d'aucune sanction, même si les documents s'avéraient par la suite faux – hormis le cas où ils le seraient manifestement.

b) Des sanctions administratives, financières et pénales

La proposition de directive contient un deuxième volet de nature répressive, qui ne s'adresse qu'aux seuls employeurs qui n'auraient pas effectué les vérifications requises et qui se compose à la fois de sanctions administratives et financières et de sanctions pénales :

— Les sanctions administratives et financières (articles 6 et 8)

Ces sanctions sont multiples : amendes, paiement des frais de retour du ressortissant, paiement des salaires, impôts et cotisations sociales impayés, ainsi que des mesures d'accompagnement parmi lesquelles, notamment, l'exclusion du bénéfice de subventions (dont relèvent les fonds versés par l'UE) pendant une période pouvant aller jusqu'à 5 ans, le reversement des aides et subventions perçues dans les 12 mois précédant, l'exclusion temporaire – pouvant aller jusqu'à 5 ans – de participer à des procédures de passation de marchés publics et, le cas échéant, la fermeture de l'entreprise concernée.

Compte tenu de l'importance de la **sous-traitance** dans des secteurs les plus affectés par l'emploi de clandestins, notamment le bâtiment, la proposition de directive (article 9) pose par ailleurs le principe de la solidarité entre les entreprises d'une même chaîne de sous-traitance, pour ce qui concerne les sanctions financières : dès lors, toutes les entreprises d'une chaîne de sous-traitance devront être tenues pour solidairement redevables des sanctions financières infligées à un sous-traitant situé en bout de chaîne qui emploierait des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

— *Les sanctions pénales (articles 10 et 11)*

Ces sanctions trouveront à s'appliquer dans les cas graves. La proposition de directive en dégage quatre types : des infractions répétées, l'emploi d'un certain nombre de ressortissants illégaux de pays tiers, des conditions de travail abusives et l'emploi en conscience de victimes de la traite des êtres humains.

c) Des mécanismes de réclamation pour les salariés

La proposition de directive prévoit une obligation de mise en place de **mécanismes de réclamation** efficaces permettant au salarié de faire valoir ses droits contre l'employeur. Il s'agit de faciliter les actions du salarié contre l'employeur, en s'appuyant sur la rupture de la « *conspiration du silence* ».

Ces mécanismes sont les suivants :

— un recouvrement facilité, par le ressortissant concerné d'un pays tiers, des arriérés de salaires qui lui sont dus, avec notamment un sursis à exécution sur les mesures d'éloignement (article 7) ;

— des mécanismes permettant aux ressortissants concernés des pays tiers de porter plainte, soit directement, soit par l'intermédiaire de tiers désignés (article 14) ;

— un permis de séjour temporaire aux victimes de conditions de travail particulièrement abusives, lorsqu'ils collaborent aux poursuites pénales engagées contre leur employeur, pour la durée de la procédure (article 14).

d) L'obligation pour les États membres d'organiser des inspections

L'obligation pour les États membres de réaliser un nombre minimum d'**inspections** dans les sociétés établies sur leur territoire est prévue par l'article 15 de la proposition de directive.

Un tel dispositif est indispensable pour s'assurer que l'interdiction d'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier est bien respectée. La proposition de directive prévoit qu'au moins 10 % des sociétés sont contrôlées chaque année.

2. ... est cohérent avec la politique menée par la France

a) Une proposition cohérente avec les actions menées par le Gouvernement

Le texte de la directive est cohérent avec les options prises par la France en matière de lutte contre l'emploi illégal et l'immigration clandestine. Notre pays est un de ceux qui ont les législations les plus en pointe sur cette question. Ainsi, l'obligation pour les employeurs de verser les impayés et les arriérés de salaire et de cotisations sociales est prévue de très longue date.

La politique menée par la France porte ses fruits et ce n'est sans doute pas sans lien avec le fait que, pour la première fois dans notre pays, la politique de l'immigration est centralisée dans un seul ministère depuis juin 2007. Selon les chiffres du ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Codéveloppement, le nombre de clandestins a diminué en France pour la première fois depuis une génération d'environ 6 %, même si ce nombre est par définition difficile à évaluer. S'agissant des fraudeurs au travail, le ministère a indiqué que 1 564 employeurs d'étrangers en situation irrégulière ont été interpellés en 2007 contre 1 077 l'année précédente, soit une augmentation de 45 %. Les interpellations d'employés étrangers en situation illégale ont également cru.

La législation française est conforme à une très grande part des dispositions de la proposition de directive. Sans prétendre à l'exhaustivité, votre rapporteur souhaite mentionner quelques dispositions de notre droit positif actuel :

— Le code du travail contient toute une série de dispositions, qui ne sont pas spécifiques à l'emploi de ressortissants étrangers, permettant la **lutte contre le travail illégal** – articles L.325-1 et suivants du code – et contre le **travail dissimulé** – articles L.324-9 et suivants⁽¹⁾. Ce dernier est sanctionné de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

— L'article L. 341-6 du même code pose par ailleurs le principe de l'interdiction de l'emploi d'un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France et dispose que l'employeur est tenu de s'assurer auprès de l'administration compétente du titre autorisant un étranger à exercer une activité salariée en France, sauf si cette personne est inscrite sur la liste des demandeurs d'emploi de l'ANPE. En cas de méconnaissance de ces obligations, l'article L. 341-7 de ce même code prévoit quant à lui une contribution spéciale à l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM), dont le montant de base est égal à 500 fois le SMIC, ce montant étant porté, en cas de réitération, à 5 000 fois celui-ci. Cette contribution est indépendante des suites pénales données à l'infraction.

(1) Ces articles sont abrogés par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 à compter de l'entrée en vigueur de la partie réglementaire du code du travail.

— La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité a porté les sanctions pénales en matière d'emploi d'étrangers sans titre de travail, prévues à l'article L. 364-3 du code du travail à 5 ans d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende⁽¹⁾ (amende prononcée autant de fois qu'il y a d'étrangers irrégulièrement employés). Ces peines sont portées à 10 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée, avec une peine complémentaire de confiscation de tout ou partie des biens de la personne concernée. Le texte prévoit par ailleurs les peines complémentaires suivantes : l'interdiction d'activité ; l'exclusion des marchés publics et, pour une personne morale, sa dissolution si elle a été créée pour commettre les faits.

— L'article L. 626-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit une contribution forfaitaire représentative des frais de réacheminement de l'étranger dans son pays d'origine, dont est redevable l'employeur. Ce même code prévoit en outre le retrait de la carte de résident pour un étranger qui emploie lui-même un étranger démuné d'un titre de travail.

— Les articles 225-13 et suivants du code pénal sanctionnent par ailleurs les conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine : ainsi, l'article 225-14 du code pénal prévoit qu'un employeur qui soumet une personne à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine encourt une peine de 5 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende.

— S'agissant de la sous-traitance, la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie a imposé aux donneurs d'ordre de vérifier tous les six mois, et non plus tous les ans, que leurs cocontractants respectent bien les opérations prévues jusqu'à la fin de l'exécution du contrat.

Il est en outre important de mentionner que ces différentes dispositions se doublent d'**avancées procédurales** importantes : la loi Perben II a instauré les juridictions interrégionales spécialisées (JIRS), compétentes pour instruire les affaires commises dans le cadre de réseaux organisés et, par ailleurs, la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie a prévu que les agents des corps de contrôle habilités à verbaliser l'infraction spécifique de travail dissimulé sont autorisés à demander aux personnes présentes sur les lieux de travail de justifier de leur identité et de leur adresse ;

Le troisième rapport au Parlement remis par le Comité interministériel de contrôle de l'immigration « *les orientations de la politique de l'immigration* » rappelle que le caractère prioritaire de la lutte contre l'emploi illicite d'étrangers prend corps dans le **plan national d'action contre le travail illégal**.

La France s'est par ailleurs dotée de **structures** chargées de la mise en œuvre de cette politique : songeons au *Comité interministériel de contrôle de l'immigration*, créé par le décret n° 2005-544 du 26 mai 2005 ou à l'*Office central*

(1) 75 000 euros d'amende pour les personnes morales

de lutte contre le travail illégal (OCLTI), créé par le décret n° 5005-455 du 12 mai 2005, dont le rôle est d'assurer une meilleure coordination des différents services concernés. Une coordination étroite est établie avec l'Office central pour la répression de l'immigration irrégulière et l'emploi d'étrangers sans titre (OCRIEST).

S'agissant des actions menées sur le terrain, il faut tout particulièrement rappeler l'intérêt des opérations conjointes de lutte contre l'emploi des étrangers sans titre et le travail dissimulé, que le comité interministériel de l'immigration du 27 juillet 2005 a décidé de mener. Ces opérations impliquent, selon des combinaisons variables, la police, la gendarmerie, la police de l'air et des frontières (PAF), l'inspection du travail, l'URSSAF, la MSA, l'administration fiscale ou la DGCCRF. Reconduites par le comité interministériel du 5 décembre 2006, ces opérations ont donné lieu à un bilan très positif, en très forte augmentation sur les six premiers mois de l'année 2007 par rapport à 2006.

Au total :

— 12 551 personnes ont été contrôlées en 2006 et 10 936 personnes pour le seul premier semestre 2007.

— 234 procédures ont été engagées à l'encontre d'employeurs d'étrangers démunis de titres de travail en 2006 et 278 pour le seul premier semestre 2007.

— s'agissant des poursuites pénales pour l'infraction d'emploi d'étranger sans titre, les condamnations prononcées ont augmenté de 27 % en 2006 par rapport à 2005, tandis que les amendes infligées aux employeurs ont pour leur part crû de 58 %.

b) La lutte contre le travail clandestin compte parmi les priorités de la future présidence française de l'Union européenne

Une des priorités assignées par le Président de la République à la présidence française de l'UE au second semestre de cette année est constituée par une politique européenne globale en matière de migrations, couvrant tous les aspects de l'immigration légale, de l'asile et de la lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains.

L'immigration constitue une des priorités de la présidence française de l'UE, ainsi que l'a annoncé le Président de la République lors de la conférence des ambassadeurs, au début de cette année. Lors de son audition devant la Délégation pour l'Union européenne de notre Assemblée, M. Brice Hortefeux, ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement a indiqué avoir multiplié les rencontres avec ses homologues européens pour mettre en place un réel pacte européen de l'immigration, dont le but est de mettre en cohérence les politiques nationales, jusqu'ici dispersées. Un des éléments de cette politique est constitué par la lutte contre les filières d'immigration clandestine, notamment les employeurs de clandestins qui doivent

être sanctionnés au double motif qu'ils ne respectent pas les droits syndicaux, la durée du travail ou les salaires minimaux – ce qui fausse la concurrence – et qu'ils exploitent sans scrupule des sans-papiers tels des esclavagistes des temps modernes.

B. LES PRINCIPALES QUESTIONS SOULEVÉES PAR LA DIRECTIVE

1. Si deux difficultés ont été récemment levées...

a) *La pertinence de l'instrument juridique retenu par la Commission*

La base juridique retenue est l'article 63, paragraphe 3, alinéa b) du Traité instituant la communauté européenne.

La question s'est posée de savoir si en matière pénale, il ne convenait pas mieux de prévoir une décision-cadre, instrument juridique propre au « *troisième pilier* » plutôt qu'une directive, présentée dans le cadre du « *premier pilier* ».

La CJCE vient de répondre par la négative dans une affaire similaire, validant implicitement le recours à une directive : l'arrêt du 27 octobre 2007 (C-440/05) *Commission contre Conseil* a annulé une décision-cadre renforçant le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires au motif que la base juridique adéquate était la directive.

Dans cet arrêt, la Cour, confirmant une jurisprudence dégagée en 2005 ⁽¹⁾, a précisé que le législateur communautaire peut imposer aux États membres l'obligation d'instaurer des sanctions pénales pour garantir l'effectivité des normes qu'il édicte, dans le cadre du traité instituant la Communauté européenne (le traité de Rome), dès lors que trois conditions sont remplies :

— l'application par les États membres de telles sanctions pénales doit être indispensable ;

— ces sanctions doivent être « *effectives, proportionnées et dissuasives* » ;

— seul le principe de ces sanctions doit être posé, car la détermination du type et du niveau des sanctions pénales ne relève par des compétences de la Communauté (*i.e.* du « *premier pilier* »), mais bien du « *troisième pilier* ».

Au-delà de ces éléments de droit, votre rapporteur tient à rappeler que deux éléments de contexte, de nature plus politique, confortent l'option pour le « *premier pilier* » :

— d'une part, le traité de Lisbonne prévoit, à la demande de la France notamment, la fin de la distinction entre le « *troisième* » et le « *premier* » pilier ;

(1) Arrêt du 13 septembre 2005, *Commission contre Conseil*, C-173/03

— d'autre part, le cœur du débat porte sur le contenu et la rédaction de l'article 10 de la proposition de directive qui définit les infractions pénales. La rédaction de cet article n'est actuellement pas satisfaisante et votre rapporteur estime donc que c'est sur le fond qu'il convient de concentrer les efforts de la France dans la négociation.

b) Le champ d'application du texte

Lors des négociations sur le projet de directive, la France a regretté ⁽¹⁾ que le champ du texte soit limité aux employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et ne concerne ainsi pas les employeurs de ressortissants présents régulièrement sur le territoire de l'Union mais qui ne sont pas autorisés à exercer une activité professionnelle et qui travaillent en violation de leur statut de résident, tels des étudiants travaillant davantage que le nombre d'heures autorisées.

Or cette question est cruciale : comment considérer comme pertinent de prévoir un cadre harmonisé pour sanctionner les employeurs de ressortissants clandestins de pays tiers et pas pour réprimer l'emploi illicite de ces mêmes ressortissants régulièrement présents sur le territoire de l'Union, mais qui n'ont pas le droit d'y travailler ?

De fait, l'emploi irrégulier de clandestins repose sur des filières organisées qui, selon les principes de la délinquance astucieuse, utilisent à leur profit les failles de la loi. Nombre d'employés irréguliers peuvent ainsi être régulièrement présents sur le territoire sans avoir le droit de travailler, comme « touristes » par exemple.

Le caractère ainsi restreint du champ de la future directive risquerait dans ce contexte d'apparaître comme une « aubaine ».

Il pourrait être dans ce cadre envisagé de modifier le dispositif de la proposition de directive, et d'y insérer les dispositions permettant d'harmoniser, selon un niveau minimum, la sanction de l'emploi illicite de ressortissants des pays tiers légalement présents sur le territoire de l'Union.

Un argument juridique semble cependant s'opposer à une telle solution : selon les analyses convergentes des services juridiques de la Commission et du Conseil, il n'y aurait pas de base juridique suffisante pour permettre une telle intervention communautaire.

S'appuyant sur la directive 2004/114/CE du Conseil du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat, qui incite les États membres au travail des personnes concernées tout en leur laissant

(1) Le Portugal, la Finlande, l'Espagne, la Pologne, l'Italie, la République tchèque, l'Estonie, la Suède et la Lituanie se sont joints à la position française lors de la première séance d'examen de la proposition de directive dans la perspective de son adoption par le Conseil, par le Groupe « Migration-Eloignement », le 5 juin 2007.

le libre choix sur la mise en œuvre ou non de cet objectif, les juristes concluent qu'il n'y a pas d'obligation communautaire de lutte contre l'emploi illégal à mettre en œuvre en la matière. Or une telle obligation européenne est nécessaire pour que la mise en place de mesures pénales puisse être imposée aux États membres, comme l'a rappelé la Cour de justice.

Leur conclusion est la même dans l'hypothèse d'un recours, comme base juridique, dans le cadre d'un acte juridique séparé, au a) du 3 de l'article 63 du traité instituant la Communauté européenne, sur les conditions d'entrée et de séjour ainsi que les normes concernant les procédures de délivrance de visas et de titres de séjour.

C'est donc par défaut qu'il a été décidé dans le cadre des travaux préparatoires au Conseil, d'opter pour une autre solution, d'une portée cependant bien moindre : celle d'**une affirmation de principe et d'une simple mention, fût-elle très claire, dans la future directive du fait que la règle de l'interdiction de l'emploi des nationaux d'États tiers en séjour irrégulier, s'applique sans préjudice des lois nationales interdisant le travail dissimulé des nationaux d'États tiers en séjour régulier, mais qui ne sont pas autorisés à travailler.**

Dans une communication publiée le 24 octobre 2007, « *Intensifier la lutte contre le travail non déclaré* » (document COM (2007) 628 final), la Commission a rappelé que le travail non déclaré affecterait 5 % des salariés européens, de 3 % à 10 % selon les États (les États du Sud et de l'Est sont plus touchés que les autres), et a invité les États membres à mieux coopérer entre eux, et à agir par des mesures diverses, notamment la diminution des prélèvements sur les bas salaires, le niveau de la fiscalité sur le travail et l'association des partenaires sociaux aux actions contre le travail non déclaré. Une solution minimale qui ne peut nous satisfaire, même s'il n'appartient pas aux institutions communautaires de prendre le moindre risque juridique sur une question aussi importante pour l'opinion. Une annulation pour défaut de base juridique, par la Cour de Justice, d'une directive relative aux sanctions de l'emploi illicite risquerait immanquablement d'être perçue comme une incitation au travail clandestin...

Néanmoins, la Délégation pour l'Union européenne a estimé avec votre rapporteur **qu'il appartient au Parlement de ne pas cacher son regret, de confirmer au Gouvernement que la question devrait nécessairement être rouverte si un élément nouveau le permettait avec quelque perspective de succès et de se déclarer clairement favorable à l'extension du champ d'application de la directive, sur une base juridique clarifiée, à l'emploi illégal de ressortissants des pays tiers qui séjournent régulièrement sur le territoire de l'Union.**

2. ... deux aménagements doivent encore être apportés au texte pour permettre son adoption

a) L'amélioration de la rédaction des dispositions pénales

L'article 10 de la proposition de directive vise à obliger les États membres à prévoir des sanctions pénales pour les cas les plus graves d'emploi de clandestins. Conçu comme un socle minimum, cet article doit convenir aux États membres selon des critères non seulement juridiques (il doit respecter la diversité des systèmes pénaux), mais également politiques (la procédure de codécision dont relève la présente proposition de directive doit aboutir).

Pour autant, votre rapporteur juge que la rédaction qu'a proposée la Commission n'est pas acceptable, en l'état.

« Article 10

Infraction pénale

1. Chaque État membre veille à ce que l'infraction visée à l'article 3 [infraction à l'interdiction de l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier] constitue, lorsqu'elle est intentionnelle, une infraction pénale dans les circonstances suivantes :

a) l'employeur poursuit ou réitère l'infraction après avoir été déclaré à deux reprises en infraction de l'article 3 par les autorités ou juridictions nationales compétentes sur une période de deux ans ;

b) l'infraction a trait à un nombre important de ressortissants de pays tiers employés illégalement, c'est-à-dire au moins quatre ;

c) l'infraction est associée à des conditions de travail particulièrement abusives, par exemple des conditions de travail différant d'une manière significative de celles dont jouissent les travailleurs employés légalement ; ou

d) l'infraction est commise par un employeur utilisant le travail ou les services d'une personne en sachant que cette dernière est victime de la traite des êtres humains.

2. Les États membres font en sorte que la participation aux actes visés au paragraphe 1 et l'incitation à les commettre constituent des infractions pénales. »

Cet article qui crée des incriminations n'est pas assez précis et peut donc être jugé contraire au principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines.

— La rédaction proposée pour le a) n'est pas satisfaisante : elle mêle en effet la réitération de l'infraction, caractérisée par le renouvellement de son constat, indépendamment des suites données, et la récidive, qui, elle, suppose une précédente condamnation devenue définitive.

Votre rapporteur estime que le a) devrait distinguer clairement le cas où l'infraction a été constatée par une autorité administrative et celui où elle a été sanctionnée par une juridiction, par une condamnation qui doit être définitive. Une formulation plus adéquate pourrait viser « *la violation continue ou réitérée de ses obligations par l'employeur* ».

— Le b) vise les infractions d'une certaine ampleur, qui seraient caractérisées par le nombre important d'employés clandestins concernés par l'infraction. Le minimum fixé par la Commission est de 4. Or, un tel seuil n'a pas la même signification pour une petite entreprise et pour une entreprise moyenne. Il ne respecte donc pas le principe de proportionnalité.

Votre rapporteur suggère que soit étudiée la possibilité de prévoir une proportion dégressive selon la taille de l'entreprise, dans le respect du principe de proportionnalité.

— Le c) ne définit que très imparfaitement les « *conditions de travail particulièrement abusives* » : notion trop vague et floue pour correspondre à un éléments constitutif d'une infraction pénale. De plus, le recours à la locution adverbiale « *par exemple* » suffit à caractériser l'ampleur des améliorations à apporter à ce paragraphe !

Votre rapporteur suggère un rapprochement de cette rédaction avec les articles 225-13 à 225-16 du code pénal qui visent les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne. Votre rapporteur fait remarquer que la notion de dignité humaine est présente dans la déclaration universelle des droits de l'homme.

— Le d) est quant à lui totalement superflu : il vise les employeurs employant des victimes de la traite des êtres humains, déjà visés par la décision-cadre du 19 juillet 2002 qui définit dans son article 1^{er} les infractions liées à la traite des êtres humains à des fins d'exploitation de leur travail ou d'exploitation sexuelle.

Il convient donc de supprimer cette mention inutilement redondante avec un texte existant.

Votre rapporteur fait enfin remarquer, s'agissant du paragraphe 2 de l'article 10, qu'en droit pénal français, l'incitation ne fait pas l'objet d'une incrimination pénale autonome, sauf pour certaines infractions. On peut toutefois estimer que les faits d'incitation pourront être appréhendés à travers l'incrimination de complicité.

Votre rapporteur est conscient des difficultés qui entourent la rédaction d'un tel article, la rédaction des incriminations devant convenir à tous les États membres. Pour autant, il est absolument indispensable que les incriminations pénales contenues dans la directive soient claires et juridiquement correctes, sans quoi la France ne pourrait l'accepter.

b) La définition d'un objectif efficace et réaliste en matière d'obligation faite aux États membres de contrôler le respect par les entreprises de l'interdiction d'emploi de clandestins

La présente directive ne saurait se limiter à établir des normes, au risque d'être totalement privée d'effectivité, c'est pourquoi la Commission a prévu un mécanisme destiné à contrôler l'application de ces normes. Il va de soi que des sanctions harmonisées à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier doivent se doubler, pour être efficaces, d'une obligation d'exécution incombant aux États membres prenant la forme d'une obligation d'effectuer un certain nombre d'inspections sur les lieux de travail.

La Commission a proposé que les États membres organisent l'inspection par les services compétents d'au moins 10 % des sociétés, chaque année, et que le choix des entreprises visées réponde à une analyse de risque. Un rapport sur les statistiques correspondantes, transmises par les États membres, serait en outre établi par la Commission, et remis au Parlement européen et au Conseil, tous les trois ans.

Votre rapporteur juge cette part de 10 % excessive : elle est irréaliste pour des raisons techniques – c'est parfois dans le cadre d'une inspection ayant un objet autre que l'on se rend compte qu'une entreprise emploie des clandestins – comme pour des raisons administratives, représentant un effort hors de portée pour la plupart des États membres. Au total, elle risque de porter atteinte au principe de proportionnalité.

Votre rapporteur juge plus pertinent de prévoir un dispositif plus souple, garantissant de manière adaptée des progrès dans les États membres et s'appuyant sur la clause de rendez-vous statistique pour se fixer régulièrement de nouveaux objectifs en fonction des résultats et des éventuels progrès qui ont été constatés.

Une telle évolution du texte serait sans doute susceptible de convaincre les États les plus réticents vis-à-vis du texte, parmi lesquels l'**Allemagne** (laquelle aurait même selon les agences de presse invoqué la subsidiarité), qui ne voient pas ce qu'il leur apporte sinon des lourdeurs et des formalités supplémentaires, du bien fondé d'une initiative communautaire au contraire très opportune.

*

* *

La Commission a examiné la proposition de résolution au cours de la séance du mardi 5 février 2008.

Après l'exposé du rapporteur, la commission est passée à l'examen de l'article unique de la proposition de résolution.

La commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République a adopté sans modification la proposition de résolution dont le texte figure ci-après.

**PROPOSITION DE RÉSOLUTION ADOPTÉE PAR LA
COMMISSION SUR LA PROPOSITION DE DIRECTIVE
PRÉVOYANT DES SANCTIONS À L'ENCONTRE DES
EMPLOYEURS DE RESSORTISSANTS DE PAYS TIERS
EN SÉJOUR IRRÉGULIER**

Article unique

- ① L'Assemblée nationale,
- ② Vu l'article 88-4 de la Constitution,
- ③ Vu la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil prévoyant des sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (COM [2007] 249 final / n° E 3534),
- ④ Vu la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 24 octobre 2007, « *Intensifier la lutte contre le travail non déclaré* » (COM [2007] 628 final),
- ⑤ 1. Salue l'initiative de la Commission en faveur de l'harmonisation par les États membres, fût-ce sur un niveau minimum, des sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ;
- ⑥ 2. Se déclare favorable à l'extension, sur une base juridique clarifiée, du champ d'application de la proposition précitée au travail dissimulé des nationaux d'États tiers en séjour régulier mais qui ne sont pas autorisés à exercer une activité ;
- ⑦ 3. Estime également indispensable de prévoir, au-delà des aménagements de caractère technique et de moindre portée, dans son dispositif :
- ⑧ a) une rédaction claire, précise et juridiquement opératoire des incriminations que les États membres devront obligatoirement sanctionner ;
- ⑨ b) un critère efficace, réaliste et adapté permettant de mesurer et de renforcer les efforts accomplis par les États membres pour le contrôle du respect, par les employeurs, de l'interdiction d'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.